

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A LEI QUE AUTORIZA O ABATE DE AERONAVES FRENTE AOS
DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO

Guilherme Paes Guerra

Presidente Prudente/SP

2008

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A LEI QUE AUTORIZA O ABATE DE AERONAVES FRENTE AOS
DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO

Guilherme Paes Guerra

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2008

**A LEI QUE AUTORIZA O ABATE DE AERONAVES FRENTE AOS
DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, 5 de junho de 2008

“Não existem erros, apenas lições. O crescimento é um processo de tentativa e erro: experimentação. As experiências que não deram certo fazem parte do processo, assim como as bem-sucedidas. As respostas estão dentro de você. Tudo o que tem a fazer é analisar, ouvir e acreditar”.

Autor desconhecido

Agradeço aos meus dois maiores professores, meu pai e meu avô, o Sr. José de Oliveira Guerra Filho, à minha mãe e aos meus amigos Rodinei e Jorge Manoel, pelo apoio, atenção e compreensão que tiveram comigo, não só durante os anos na Faculdade, mas em toda minha vida. Também, gostaria de agradecer ao meu Orientador, Professor Sérgio Tibiriçá, pela atenção e ajuda desde o primeiro ano de Faculdade e agora, em especial, no desenvolvimento desta monografia, mais que um professor, um verdadeiro amigo.

RESUMO

O presente trabalho foi uma análise da Lei do Abate de Aeronaves - Lei nº. 9614, adotada desde 5 de março de 1998, que autorizou o abate de aeronaves civis interceptadas voando sob Território Brasileiro, descumprindo as regras internacionais ou se recusando sua identificação. Buscou-se demonstrar sua legitimidade, validade e constitucionalidade perante os princípios constitucionais e suas características como historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade e finalidade dentro do sistema constitucional. Atentamente se observou como o direito à vida protegido pela Constituição Federal de 1988 entra em conflito com o direito estatal de proteger seus interesses e a justificativa legal que autoriza a aplicação do abate perante as leis internacionais. Como órgão apaziguador, o Estado tem o dever de proteger sua soberania e o poder de exercer sanções – *jus puniendi*, quando esta for violada, no entanto, devendo observar as convenções internacionais relacionadas com o uso de armas contra aeronaves durante o vôo. A possibilidade da adoção da pena de morte no Brasil foi analisada para se entender a essência desta lei, pois o uso de força contra aeronaves durante o vôo, na maioria das circunstâncias, equivale a uma sentença de morte a todos a bordo. Baseado no Princípio da Violência Mínima ficou demonstrado que, o Estado busca sempre evitar a perda de vidas e que o “tiro de destruição” somente será dado quando esgotadas todas as tentativas possíveis e procedimentos legais de interceptação para evitar a morte arbitrária de inocentes. Como o intuito desta lei é identificar, interceptar e abater aeronaves suspeitas de tráfico de drogas dentro do espaço aéreo nacional, os pilotos da Força Aérea Brasileira nunca serão acusados de prática criminosa porque esta lei comporta uma excludente de ilicitude, o estrito cumprimento de um dever legal.

PALAVRAS-CHAVES: Princípios Constitucionais, Direito à Vida, *jus puniendi*, Soberania, Direitos Fundamentais, Lei do Abate de Aeronaves.

ABSTRACT

This present study is an analysis of the Brazilian Law nr. 9614 adopted since March 5, 1998 that allows the shutdown of civil aircrafts when illegally flying over Brazilian Territory and refusing to identify themselves or refusing orders to land. It was looked for to demonstrate its legitimacy, validity and constitutionality according to the constitutional principles and its characteristics as historicity, universality, limitability, compatibility and non-renounceable released on the constitutional system. The right to life presents by the Federal Constitution of 1988 was approached as it may be conflicted to the State essential interests and also, the legal justification of this shutdown policy under the international laws. As a peacemaker organ, the State has the duty of protecting its sovereignty and the power of exercising sanctions - "*jus puniendi*" - when it is violated, although, to observe international conventions related to the use of weapons against civil aircrafts in flight. The adoption of capital's punishment was discussed as the essence of this law excuses shutdowns and using force against an aircrafts in flight is, in most circumstances, the equivalent of a death sentence for all on board. Based on the Minimum Violence Principle it was demonstrated that Brazilian State always looks for to avoid losing lives and the "destruction shooting" is only authorized when lesser means have been exhausted and legal procedures enforcements used to prevent arbitrary taking of innocent lives. As the mainly intention of this law is tracking, intercepting and even shutdown civil aircrafts suspected of carrying drugs throughout the Brazilian air space, the pilots of Brazilian Air Force will never be accused by the practice of criminal conduct because this law holds an excluding of illicitness known as the strictly execution of a legal duty.

KEYWORDS: Constitutional Principles, right to life, *juspuniendi*, Sovereignty, Shutdown of Civil Aircrafts Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.1 Plano Conceitual.....	16
2.2 Características.....	17
2.2.1 Historicidade.....	17
2.2.2 Universalidade.....	19
2.2.3 Limitabilidade.....	20
2.2.4 Concorrência.....	22
2.2.5 Irrenunciabilidade.....	23
2.3 Finalidade.....	24
3 DIREITO A VIDA.....	26
4 JUS PUNIENDI.....	29
5 DO ESTRITO CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL.....	34
6 HISTÓRICO DA AVIAÇÃO.....	37
7 DA LEI DO ABATE DE AERONAVES.....	40
7.1 Aspectos Jurídicos.....	46
8 CONCLUSÃO.....	52
BIBLIOGRAFIA.....	55
ANEXO A.....	58
ANEXO B.....	59

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordou a polêmica legislação, denominada “LEI DO ABATE”, que visa combater o tráfico internacional de drogas. Para tanto, buscou-se inicialmente definir a Soberania do Brasil para derrubar aviões civis que sobrevoam o Território Brasileiro com o intuito de transportar drogas.

Para tanto, fez-se uma pesquisa sobre o tema, embora a bibliografia seja bastante limitada em termos de bibliografia impressa. Por meio dos métodos dedutivos e indutivos, se discorreu inicialmente sobre o histórico dos direitos fundamentais, elencando suas principais características e aplicabilidade dentro dos princípios constitucionais hoje vigentes no nosso ordenamento, entre as quais se destaca a limitabilidade no confronto entre esses direitos, quando o assunto envolve vidas humanas.

Falo-se sobre esta inovação no ordenamento jurídico pátrio que tem o intuito de resguardar a Soberania Nacional e proteger a sociedade brasileira de um câncer social, mundialmente conhecido como tráfico e o consumo de drogas ilícitas.

Esta lei foi aprovada em 5 de março de 1998, sob o título de “Lei do Tiro de Destruição”, conhecida na doutrina e também na imprensa como “Lei do Abate” que entrou em vigor no dia 17 de outubro de 2004.

A Lei do Abate ficara “engavetada”, sem ser colocada em plenário para votação por seis anos, devido à ameaça norte-americana de sanções comerciais ao nosso País. Pressões inconcebíveis e inaceitáveis a um Estado Soberano como o Brasil.

Após a aprovação muito se discutiu sobre sua legalidade e constitucionalidade frente o direito à vida, garantido pela Constituição Federal de 1988. Este foi o principal enfoque analisado nesta monografia.

Mesmo com o fenômeno da globalização, quando o conceito de soberania vai ser revisto pela comunidade internacional, se deve fazer valer as normas jurídicas nacionais, produto da soberania brasileira para combater os males sociais.

Para tal, se abordaram os procedimentos de abate de aeronaves civis no espaço aéreo brasileiro e a polêmica discussão doutrinária que envolve este tema.

A conclusão foi que se trata de um ato de soberania e não viola os direitos e garantias fundamentais do cidadão comum, mas confronta o crime organizado que utiliza a aviação como meio de transporte ilegal.

Jean Bodin foi quem primeiro desenvolveu o conceito de Soberania, por volta de 1576, e segundo ele, “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”.

Explicando o significado de República, o doutrinador Dalmo de Abreu Dallari diz: “que Bodin utiliza a expressão ‘República’ como equivalente ao atual conceito de Estado”.

Para o jurista Miguel Reale, a Soberania é o *“poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”*.

E, dentro desse “poder maior” discorreu-se sobre o *“jus puniendi”* e o direito do Estado Brasileiro na adoção de medidas coercitivas de combate às condutas delitivas, entre as quais, o tráfico internacional de substâncias entorpecentes.

As conclusões estão em Capítulo próprio e levaram ao entendimento de que dentro da Soberania Brasileira, era necessária medida de força para coibir tais crimes, tudo realizado dentro de uma legalidade rigorosa e controlada pelo Poder Judiciário. Não se trata de uma pena de morte, mas apenas de aparelhar um Estado Soberano numa luta importante contra uma super-estrutura de tráfico internacional, que se escondia por intermédio da ausência de uma legislação que desse condições de combater o crime de forma inequívoca e eficiente.

O presente projeto tem por escopo a elaboração de um estudo teórico sobre da lei que autoriza o abate de aviões no espaço aéreo brasileiro, buscando sua compatibilidade com os dispositivos constitucionais.

A entrada em vigor da referida lei, trouxe uma série de debates, principalmente quanto aos direitos fundamentais garantidos em nossa “Carta

Magna”, já que ela dá a possibilidade da destruição de uma aeronave que cruza o território nacional e pode ocasionar a morte dos ocupantes.

O Brasil, sempre teve dificuldade de policiar seu espaço aéreo, uma vez que nossa Força Aérea nunca teve o poder de utilizar-se da força para coibir vôos irregulares que entrassem ou saíssem de nossa fronteira aérea. Sendo nossa Força, por varias vez, motivo de chacota, em pleno ar, pelos traficantes de drogas ou contrabando.

Com o advento de tal lei, ouve uma brusca queda de vôos irregulares em nosso espaço aéreo, principalmente nas áreas onde o tráfico de drogas impera. Motivo pelo qual, fiz a escolha desse tema, para demonstrar o relevante benefício trazido pelo diploma legal supra mencionado.

No entanto, pelo que se denota, existe um confronto entre os direitos constitucionais, como o direito à vida diante da soberania e do poder de polícia do Estado para coibir o tráfico internacional de drogas.

Os objetivos do trabalho foram analisar lei do abate frente aos direitos constitucionais, demonstrar situações em que ela pode ser posta em prática, comparar os acontecimentos pretéritos e o que esta ocorrendo após sua vigência, explicar os procedimentos emanados pela lei, para que uma aeronave possa ser abatida e focar seus benefícios para o nosso País.

O objeto do estudo é demonstrar a importância da lei do abate para a segurança do País, protegendo-nos contra qualquer entrada ou saída de aeronaves que possam estar transportando produtos ilícitos pelo nosso território e apontando o amparo de tal dispositivo normativo por nossa “Lei Maior”, sem que possa configurar o abate a violação de uma “cláusula pétrea” como o direito à vida.

As hipóteses analisadas na pesquisa foram a inovação da Lei do Abate para a defesa de nossa sociedade; Os benefícios e as possibilidades da dicção da lei ser posta em prática; O amparo que a Constituição Federal dá para a regular vigência da lei do abate; Motivos que ensejaram a propositura, a aprovação e a vigência da lei; A criação de um tipo de “pena de morte”

Os recursos a serem utilizados para a coleta de dados serão: pesquisa bibliográfica; análise e comparação de doutrinas referentes ao tema, ainda que pertencente a outra área do Direito, como o Direito Penal e até a Sociologia, e pesquisas de artigos sobre o tema na *internet*.

Os métodos a serem utilizados serão: o dedutivo, partindo da aplicação geral da lei para concluir pela aplicação em situações particulares; e ainda os métodos histórico-evolutivo e comparativo, para averiguar os acontecimentos que ocorreram antes da lei e o que atualmente ocorrem; também será utilizado o método sistemático, na análise do ordenamento jurídico nacional.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história dos direitos fundamentais está diretamente ligada ao aparecimento do constitucionalismo no final do século XVIII que, entretanto, herdou da Idade Média, as idéias de contenção do poder do Estado em favor do cidadão, sendo um dos exemplos mais conhecidos na história, a célebre *Magna Carta*, escrita pelos nobres ingleses em 1215, na qual o Rei João Sem Terra tinha seus poderes limitados.

Após a Revolução Francesa em 1789, um crescente número de documentos foram emitidos na busca da garantia dos direitos dos cidadãos frente aos atos do Poder Público, efetivando a idéia de um constitucionalismo formalizado. Servindo a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 (TAVARES, 2007, p. 13), como um modelo de constituição para os países Europeus.

Pouco antes da revolução ocorrida em território francês, outro documento entrava para a história como resultado de rompimento brusco e radical, desta vez, junto com a Revolução Americana e a Guerra de Independência das Colônias Americanas contra a Inglaterra.

Tal documento ficou conhecido historicamente como Declaração da Virgínia (Carta do Bom Povo da Virgínia) elaborada em 1776. A referida constituição estadual buscava estabelecer os direitos fundamentais do povo norte-americano da Virgínia, dentre eles, o direito a liberdade, a igualdade, eleição de representantes, etc. Esta carta virginiana teve curta duração, pois logo foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, segundo o modelo liberal clássico, com a Declaração de Direitos e Separação de Poderes, chamada por Norberto Bobbio de primeira geração de direitos (BOBBIO, 2004, p.38).

Posteriormente, surge a segunda geração ou dimensão com a Constituição Mexicana de 1917, dos revolucionários Pancho Villa e Emiliano Zapata e a Lei Fundamental de Weimar, constituição da república alemã que teve a colaboração de Hans Kelsen e Max Webber.

Com as Constituições da Alemanha e do México, surgem os direitos “prestacionais”, entre os quais, trabalhistas e previdenciários dentro de um Estado Intervencionista.

Em 1948, após o término da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas – ONU editou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estendendo mundialmente o respeito e a proteção aos direitos fundamentais do ser humano. Essa declaração universaliza os direitos fundamentais que passam a ter caráter supranacional na chamada terceira dimensão de direitos fundamentais.

Dentre todos os documentos históricos da primeira geração que buscaram a defesa dos direitos dos cidadãos frente a um Estado, opressor e sob a égide do Poder Absoluto, o maior destaque é para Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Isto porque ela buscou a proteção genérica, ou seja, a todo o gênero humano (LENZA, 2007, p 6). Por isso, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade. O contrário ocorreu na Revolução Americana e na Inglesa, onde a Declaração de Direitos alcançava camada social mais privilegiada, os franceses garantiram os direitos a todos os seres humanos.

Os direitos e garantias fundamentais formam um amplo número de dispositivos, que relacionam os direitos de defesa do cidadão frente ao Estado, muitas vezes opressor e não cumpridor das normas estatais criadas e instituídas.

Com isso, os direitos e garantias são vistos desde a segunda dimensão como direitos prestacionais por parte do Estado. Dentre os dispositivos, merecem ser citados os que tratam dos direitos políticos, direitos e deveres individuais e coletivos, direitos que rezam sobre o sistema federativo, dentre outros.

Na Constituição Federal do Brasil é possível observar a presença de vários direitos e garantias fundamentais, estes não se restringem apenas aos dispostos no Título II, nos artigos 5º. ao 17.

Também podem ser encontrados em várias passagens de nossa Carta Magna, como por exemplo, o artigo 60, parágrafo 4º, incisos I, II, III e IV. Assim, pode-se entender que o artigo 5º não possui um rol taxativo, existindo outros direitos oriundos dos tratados internacionais e princípios. Trata-se, portanto, de dispositivo meramente exemplificativo, sendo que os direitos fundamentais estão pulverizados por toda Constituição.

Há mandamentos fundamentais que são imodificáveis e não podem ser motivo de discussão pelos parlamentares e no Brasil, tais mandamentos petrificados, recebem o nome de “Cláusulas Pétreas”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende possível que um Parlamentar, Deputado ou Senador possa ingressar com um Mandado de Segurança, a fim de impedir a discussão de um dispositivo do núcleo duro, o que a doutrina chama de “direito função” (MORAES, 2007, p.697).

Os direitos fundamentais indisponíveis para alterações são considerados “*erga omnes*”, ou seja, atingem a todos sem exceção, assim, valem para brasileiros e estrangeiros, inclusive para os que residem fora do Território Nacional.

Os direitos fundamentais constituem exatamente a incorporação constitucional dos chamados “direitos do homem”. E, fazem parte de um rol de direitos criado pelo próprio Estado, o qual lhes dá tutela e proteção e deve garantir sua efetivação.

Neste sentido, Vidal Serrano, afirma que a idéia de direitos fundamentais carrega em seu conteúdo um forte sentido de proteção dos pressupostos humanitários que historicamente foram se acumulando sob o patrocínio dos direitos do homem (NUNES, 1998, p. 19).

Observa-se que os direitos fundamentais constitucionais formam uma complexa unidade, onde se notam os anseios da sociedade, já que são confeccionados pelo Legislador Constituinte, eleito pelo povo e em nome de quem legisla, por intermédio de uma assembléia escolhida para a tarefa.

Assim, a categoria tida como “fundamental” não é dada a determinados direitos, à livre escolha do Constituinte, mesmo porque refletem as necessidades da Sociedade em determinado momento histórico. É possível notar esta necessidade nos processos constituintes de formação de normas e nas decisões proferidas nas atividades da Corte Suprema, Guardiã do Texto Constitucional. São direitos que fundam o Estado e, portanto, anteriores e superiores a criação do Estado, que simplesmente os reconhece.

2.1 Plano Conceitual

Fazer uma distinção exata entre direitos e garantias, é uma missão difícil e trabalhosa, e o próprio Legislador não possui um critério para distinção exata das diferenças. Doutrinariamente, esta dificuldade ainda é maior, devido ao grande número de exceções, embora alguns autores consigam fazer satisfatoriamente. E, por não serem nítidas as diferenças entre os direitos e as garantias apregoados na Constituição, esta é feita por doutrinadores levando-se em conta critérios diversos.

A distinção mais conhecida e também utilizada no Direito Brasileiro, remonta a Rui Barbosa, um dos primeiros a abordar o tema. Segundo este jurista, *“do texto constitucional poder-se-iam separar as disposições declaratórias, que estariam a imprimir existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições assecuratórias, que atuariam na proteção desses direitos fundamentais, limitando o poder”* (ARAÚJO, 2003, p. 86).

Enquanto o Direito teria um caráter apenas declaratório ou assecuratório, as Garantias estariam revestidas de um caráter instrumental e serviriam como meios para a obtenção ou reparação dos direitos violados.

Não se deve, no entanto, confundir as garantias fundamentais com os remédios constitucionais, uma vez que não são sinônimas. O que existe entre elas é uma relação de continência, onde as garantias englobam tanto os remédios constitucionais quanto as meios assecuratórios do cumprimento da nossa lei fundamental.

Já para o jurista português, José Joaquim Gomes Canotilho, *“rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nela o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias muitas vezes traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”*(MORAES, 2002, p. 62).

Portanto, a possibilidade de dividi-las em planos distintos é equivocada, uma vez que os Direitos e Garantias se completam e buscam uma proteção frente ao Poder do Estado.

2.2 Características

Como dito anteriormente, os direitos fundamentais têm o condão de proteger a dignidade humana em todas as dimensões e fazem parte de uma categoria jurídica especial que é a razão de ser do ordenamento e da própria Lei Maior. Numa análise restrita, significa que todo direito tido como fundamental possui características comuns de seu grupo e é isto que os diferencia de outras classes jurídicas.

Para melhor distinção dos direitos relacionados ao tema que se escolheu para esta monografia, passa-se agora a análise dessas características para que se possa reconhecê-los independentemente da posição em que estejam delineados no texto da nossa “*Lex Max*”.

2.2.1 Historicidade

Os direitos fundamentais são resultados de um longo e vagaroso processo de evolução histórica (ARAÚJO, 2003, p. 86), que teve início com a assinatura de documentos importantes, como a *Magna Carta Libertatum* em 1215, durante o Poder Absoluto de Rei João Sem-Terra da Inglaterra.

Não se pode pontuar o momento exato de sua criação, embora doutrinadores apontem vários fatores como a Revolução Gloriosa na Inglaterra, a Revolução dos Estados Unidos e a Declaração Francesa. Apenas, se pode observar que o conjunto desses acontecimentos fortaleceu sua soberania frente aos outros

direitos, embora na Grécia já se reconhecesse diferença entre as normas de estrutura do Estado e as demais.

Como exemplo de um desses momentos, tem-se o período do Cristianismo, quando sua doutrina elevou o homem à altura de Deus, indicando a igualdade como um dos pressupostos fundamentais. A base é bíblica, uma vez que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus¹.

Superado tal momento histórico, as discussões sobre direitos fundamentais ficaram esquecidas, reavivando o clamor por eles com as Declarações dos Direitos Humanos. Podendo ser citadas dentre essas declarações, as várias versões da *Magna Charta Libertatum*, o *Bill of Rights*, as Leis Fundamentais do Reino (França), a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sobrevivendo a Declaração Universal de Direitos do Homem proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948.

O processo de criação de direitos ainda não terminou e a instalação e funcionamento do Tribunal Penal Internacional em Haia, na Holanda, para julgar as pessoas que cometem crimes de guerra, genocídio e crimes contra a Humanidade é uma grande prova disso. Atualmente, o TPI julga casos de crimes de guerra cometidos por oficiais croatas na Guerra de Separação da antiga Iugoslávia.

Esse processo deverá seguir seu curso natural de ampliação dentro de que Norberto Bobbio chama de “progresso moral da Humanidade”.

É impossível pensar num fim declarado, porque ainda hoje, surgem manifestações e alterações quem vêm aumentando o rol de direitos taxados como fundamentais, inclusive, os direitos fundamentais que tratam de preocupações específicas, como, por exemplo, é o caso do meio ambiente e os ligados à manipulação genética.

¹ Bíblia Sagrada. Gênesis 1:26 e 27: "Também disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. . . Criou Deus, pois, o homem à Sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou".

2.2.2 Universalidade

Os direitos fundamentais são por natureza, dirigidos a todos os seres humanos e, portanto, são universais. Eles não distinguem raça, cor ou credo, de alcance “erga omnes”. São destinatários desses direitos, o gênero humano.

Sua característica de universalidade está intimamente ligada aos movimentos humanistas que os buscaram desde a Revolução Francesa, para que eles beneficiassem a todos os seres humanos. Esse projeto ficou mais claro depois do genocídio ocorrido contra os judeus e outras minorias durante a Segunda Guerra Mundial. O Holocausto Nazista é o ponto de partida da Declaração da ONU que visa alcançar o ser humano no planeta.

Seria assim, uma incongruência dirigir os direitos fundamentais a uma determinada classe ou categoria, pois sua essência estaria sendo contrária à doutrina humanista, que após muitas lutas alcançara um patamar de generalidade para os direitos fundamentais.

André Ramos Tavares faz uma diferença entre universalidade e universalização, afirmando que esta última dá um certo relativismo inicial aos direitos humanos, na medida em que encampa uma idéia de formação, processo de elaboração, passível de mudança e amálgama de direitos (TAVARES, 2007, p. 445).

Sua universalidade é tão marcante que mesmo os condenados e os praticantes de crimes são titulares de direitos, pois fazem parte do gênero humano.

2.2.3 Limitabilidade

Os direitos fundamentais não são absolutos, embora alguns doutrinadores equivocadamente assim afirmem. Podendo, portanto, haver um choque ou colisão entre direitos fundamentais, quando para o exercício de um será necessário impreterivelmente à invasão do outro, mas dentro de um caso concreto.

Conflitos desse tipo podem ser encontrados, por exemplo, entre o direito de informação e de intimidade. Até mesmo o direito à vida, que é pré-requisito para muitos dos direitos fundamentais, sofre limitações na própria Constituição Federal, como nos casos de aborto, do estrito cumprimento do dever legal para as Forças Policiais, legítima defesa e a pena de morte em caso de guerra declarada.

Como essa colisão de direitos foi prevista preteritamente pelo Legislador, também criou-se mecanismos para solucionar os embates, um critério de harmonização entre os direitos.

Utiliza-se o Princípio da Proporcionalidade e caberá ao Poder Judiciário no caso concreto, fazer prevalecer um direito sobre o outro ou ainda, buscar a harmonização dentro da cessão recíproca.

Isto ocorre sempre entre o *“instituto da propriedade privada e a desapropriação. A incompatibilidade entre eles foi superada pelo direito à prévia e justa indenização do proprietário desapropriado”*(ARAÚJO, 2003, p. 89).

E, portanto, não sendo necessárias maiores preocupações com a solução do conflito, uma vez que ela já é encontrada no texto constitucional. Porém, deverão ser analisados, os entretimentos onde a resolução não se encontra pré-disposta na Constituição, como é o caso já mencionado, do direito de informação jornalística e a proteção da privacidade das pessoas, objeto da informação.

A colisão citada como exemplo faz chegar à conclusão de que os direitos tidos com fundamentais não são absolutos, mas sim limitáveis e por isso, passíveis de se conflitarem, restando-nos encontrar o meio para a resolução da discordância.

Sobre o tema, Canotilho e Vital Moreira apontam para a seguinte solução (1991, p.134):

No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber, entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é da máxima de experiência dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa. Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente em uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito. Não se pode falar em restrição de um determinado direito fundamental em abstrato, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse fundamental diverso.

O caso que se pretende avaliar neste estudo envolve a limitação da liberdade de locomoção, na busca da preservação da ordem social e repúdio ao tráfico internacional de drogas que gera milhões de dólares para os traficantes e muitos problemas sociais.

Prova dessa indústria milionária das drogas se deu com a prisão do mega-traficante Juan Carlos Ramirez Abadia, onde segundo a reportagem divulgada pelo *site* do “Jornal O Globo” gerava cerca de 70 milhões de dólares por mês², e também, segundo o Portal de Notícias G1, Abadia era chefe de “cartel de drogas”, acusado de mandar mais de mil toneladas de cocaína para os Estados Unidos, ser responsável por 315 assassinatos e de ter um patrimônio ilícito estimado em US\$ 1,8 bilhão.³

Abadia ofereceu uma quantia não revelada oficialmente e considerada insatisfatória para o Poder Judiciário e Ministério Público Federal para revelar suas conexões (delação premiada) e ser beneficiado com a diminuição da pena.

² - site do jornal O Globo - <http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/10/07/298052493.asp>

³ Portal de Noticias da Globo, G1 - <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL86894-5605,00.html>

2.2.4 Concorrência

O significado de “concorrência” segundo o dicionário é *“a circunstância de duas ou mais coisas produzirem-se ou verificarem-se ao mesmo tempo, simultaneidade ou concomitante”*⁴. É o mesmo que ocorre com os direitos fundamentais. Por esta característica os direitos fundamentais podem ser cumulados, sendo possível à existência de vários direitos a um só tempo sob a tutela de um único titular.

Sobre o assunto, serão citados novamente, os ensinamentos dos autores portugueses, Canotilho e Vital Moreira, onde abordam o tema assim expondo(1991, p. 138):

Quer dizer: num mesmo titular podem acumular-se ou cruzar-se diversos direitos. Assim, por exemplo, o direito de expressão e informação (artigo 37º) está ‘acumulado’ com a liberdade de imprensa (artigo 38º), como o direito de antena (artigo 40º), como o direito de reunião e manifestação (artigo 45º).

Mas, essa concorrência de direitos fundamentais faz com que uma situação seja regulada por mais de um preceito constitucional e sendo tarefa de soberana importância para identificação de todas as normas vigentes, pois somente desta maneira será possível a definição do regimento e das conseqüências jurídicas específicas.

Um policial no exercício de suas funções goza do direito à vida, da preservação da sua imagem e da segurança da sua família. Um policial que participa de uma operação contra um grupo terrorista ou contra o crime organizado pode ter sua intimidade, privacidade e imagem-retrato preservada visando o direito à vida.

⁴ Dicionário Aurélio, p. 167.

2.2.5 Irrenunciabilidade

Com a citação da característica que será tratada a seguir, é possível se observar de pronto que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, ou seja, o indivíduo não deles dispor (ARAÚJO, 2003, p. 84). O que pode ocorrer num caso concreto é apenas, a pessoa pode deixar de exercê-los, mas nunca poderá renunciar ou abrir mão desses direitos.

Essas são as principais características dos direitos fundamentais.

Pode-se ainda encontrar nas doutrinas, outras características, como por exemplo:

- Imprescritibilidade: os direitos fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes mesmo que a pessoa queira, não pode abrir mão deles.
- Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa.
- Efetividade: o Poder Público deve atuar para garantia da efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessários, meios coercitivos.
- Complementaridade: os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.

A interpretação principiológica e sistemática dos direitos fundamentais serão importantes para o enfrentamento do tema proposto nesta monografia que versa sobre a possibilidade da derrubada de aeronaves civis que trafeguem pelo espaço aéreo brasileiro transportando drogas.

2.3 Finalidade

Pela ótica ocidental de sistema de governo, onde na maioria dos países é exercido através de um governo democrático, do povo e para o povo, são os cidadãos que escolhem seus representantes e estes decidem o futuro da Nação.

Apesar de deterem em suas mãos o poder de decidir sobre o futuro de do país, esse poder não é absoluto, e sim limitado. Essas restrições são feitas por direitos e garantias coletivas e individuais do cidadão aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Na maioria das vezes a limitação é feita com base nos Princípios Fundamentais.

Assim, segundo Canotilho, os direitos individuais cumprem “*a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)*” (CANOTILHO, 1991, p.541).

Com isso, é possível afirmar que o estabelecimento de constituições escritas, permite melhor visualizar os direitos fundamentais porque estão diretamente ligadas à feitura das Declarações de Direitos do Homem.

Esses direitos têm como finalidade, o estabelecimento de limites ao Poder Público, ocorrendo à incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantias à disponibilidade do Legislador Ordinário.

Além de dar proteção aos cidadãos frente o Estado, os direitos fundamentais são os alicerces onde se constrói todo o ordenamento jurídico democrático. Por isso, pode-se dizer que são os princípios constitucionais que dão total apoio e estrutura a construção de normas jurídicas.

Os princípios são os fundamentos de um Estado, porque não só regulam as relações jurídicas, mas também são o norte do ordenamento jurídico para melhor desenvolvimento em prol da humanidade. Sendo a sociedade o principal objetivo do sistema.

Em resumo, pode-se utilizar o ensinamento de Geraldo Ataliba para em poucas palavras explicar uma importante finalidade, quando ele assim diz (2001, p. 6/7):

Princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente a perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados: tem que ser prestigiados até as últimas conseqüências.

Por fim, os princípios são de suma importância, pois abalizam a interpretação de todas as outras normas jurídicas, influenciando até mesmo na interpretação das normas constantes na Constituição e na legislação infra-constitucional. São vetores que possuem carga valorativa necessária para uma boa interpretação.

3 DIREITO À VIDA

Aborda-se o direito à vida, que é pressuposto para o exercício de outros direitos igualmente fundamentais, já que existe um grupo diminuto que não depende do estar vivo como os direitos do autor, por exemplo. A vida é um direito garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, que possui a seguinte dicção:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se ao brasileiro e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

É um dos mais, se não o mais importante, de todos os direitos, porque outros direitos dependem da vida. Por esse motivo ele é encontrado em nossa Constituição na abertura do Capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais.

“A vida vem a ser o fundamento de todos os bens e a condição necessária de toda a atividade humana” (MARQUES, 2000, p. 3).

Podendo ser considerado aquele que vem em primeiro lugar nos bens dos quais as pessoas são titulares e tem a total proteção do ordenamento jurídico.

A proteção ao referido direito ocorre do começo ao fim da vida. Quanto ao momento a ser considerado sobre o final da vida, não há muito sobre o que comentar, já que o tema é um ponto pacífico, considera-se a morte cerebral.

Agora, quando se fala no momento a ser considerado como o início da vida, a discussão passa a ser muito mais complicada e entra em terreno arenoso, cabendo à área da Biologia responder, ficando o jurista, responsável para o enquadramento legal, uma vez que, segundo a Biologia, a vida tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto.

Analisando o contexto histórico, onde ocorreram várias revoluções que buscavam dar, principalmente, maior dignidade e respeito à pessoa humana e observando o ordenamento jurídico mundial onde se reconhece e se protege a vida até quando o ser ainda é um nascituro, se conclui que o direito à vida é o mais

fundamental de todos os direitos, “já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (MOARES, 2002, p. 63).

Na evolução das Constituições Nacionais, pode-se perceber que não existia uma proteção direta ao bem “vida”, mas sim, protegiam bens ligados à vida. Mas, ao longo dos anos, houve uma mudança e o foco principal passou a ser o gênero humano.

Para José Afonso da Silva, a primeira Constituição a trazer em seu corpo a proteção aos direitos fundamentais, foi a Constituição do Império do Brasil de 1824, seguida pela Constituição Belga de 1831, e as demais constituições contemporâneas.

No entanto, na doutrina há divergência sobre o pioneirismo brasileiro. Uma vez que mencionada Constituição não havia dispositivo expresso sobre o direito à vida como será dito a seguir.

Já a “Carta Magna” de 1891 assegurava, nos 31 parágrafos do artigo 72, a inviolabilidade dos direitos ligados à liberdade, à segurança individual e à propriedade aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes. Embora tal disposição não trouxesse expressamente a proteção do direito à vida, no parágrafo 21, do artigo 72, foi abolida a pena de morte, ressalvado em caso de guerra.

A “Lei Maior” de 1934 trouxe como direito fundamental, no seu artigo 113, *caput*, o direito à subsistência.

Tanto, a Constituição de 1824 como a de 1937, não se referiam expressamente ao direito à vida. Trazendo ainda, no artigo 122, inciso 13, a possibilidade de pena de morte para os crimes especiais contra Segurança Nacional e para os crimes comuns de homicídio cometidos por motivo fútil e com extremos de perversidade.

A proteção direta e expressa do direito à vida se deu com o advento da Constituição de 1946, onde em seu artigo 141, se substituiu a proteção do direito de subsistência pelo direito à vida e também, novamente foi abolida a pena de morte, ressalvados os casos de guerra.

O direito à vida foi também protegido pela Constituição de 1967 em seu artigo 157, e na sua Emenda n. 1/69, no artigo 153.

Este direito se perpetuou até a Constituição vigente, onde pode ser encontrado no artigo 5º, Capítulo I, que cuida dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Por sua tamanha importância, o direito aqui discutido deve ser protegido pelo Estado, tanto no sentido de garantir a vida do indivíduo, como também em proporcionar-lhe uma vida digna. Tal proteção tem que ser prestada pelo Estado mesmo que a vida em jogo seja cheia de limitações e imperfeita.

4 JUS PUNIENDI

O “*jus puniendi*” é o direito de punir do Estado, tendo como pilar central, o Princípio da Soberania, direito exercido pelo Estado e decorrente de um mandamento legal. Esse poder é impessoal e genérico, ou seja, pode-se sancionar qualquer pessoa que tenha cometido uma infração penal, o “*jus puniendi in abstracto*”.

No momento em que uma infração é praticada, aquele direito que até então era apenas abstracto, passa a ser concreto, neste momento nasce o “*jus puniendi in concreto*”. Tem-se aqui, o direito do Estado em aplicar a sanção prevista em lei ao agente que cometeu o delito.

Após o delito, surgem dois interesses, o interesse do Estado em punir o agente e o interesse do agente do ilícito em obrigatoriamente ter que se defender, gerando um conflito entre a pretensão punitiva e o direito de defesa. O mencionado interesse será discutido por meio de um processo e caberá a um órgão do mesmo Estado, o Estado-Juiz, solucionar o conflito.

Analisando a historicidade do direito aqui tratado, pode-se observar que já fora utilizado em inúmeros fundamentos, inclusive culturais e religiosos. Posteriormente, o “*jus puniendi*” sofreu uma profunda alteração influenciada pelos direitos fundamentais (MARQUES, 2000, p. 72).

Com o surgimento e desenvolvimento do Estado, surgiu também uma sociedade cada vez mais conflitiva e cheias de controvérsias. Na tentativa de resolver os conflitos criados por esta sociedade, é que o Estado lança mão de um direito exclusivamente seu, o direito de punir, para assim assegurar a tutela dos bens jurídicos fundamentais e evitar, também, a utilização da violência privado e a autodefesa.

É importante salientar, que tal direito só pode ser exercido pelo seu possuidor quando há falhas nos mecanismos primários de defesa da sociedade.

A exclusividade do “*jus puniendi*” do Estado é verificada observando a história do surgimento da pena pública. Onde o Estado era o único legitimado a aplicar a sanção, sendo esse direito indelegável e intransferível.

Apesar do direito de punir do Estado ser indelegável e intransferível, não é ilimitado. Essa limitação ao direito tem de ser feita, uma vez que a intervenção estatal pode ser realizada de maneira errônea e despreparada, surtindo um efeito inverso do esperado e ter um impacto profundo e irreversível.

No Brasil, a Constituição Federal controla o exercício do poder punitivo para que não haja nenhuma afronta aos Direitos Fundamentais. Esse controle é realizado desde as ações voltadas para prevenir a criminalidade até as execuções das sanções impostas.

É de grande importância dizer que todo esse cuidado dispensado pela Constituição tem como principal alvo à proteção ao Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, constante na “Lex Max”, no artigo 1º, inciso III, onde se encontra nas seguintes palavras:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, Formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- A soberania;
- II- a cidadania;
- III- **a dignidade da pessoa humana** (grifo nosso); [...].”

Além da limitação sofrida pelo exercício do poder de punir frente aos Direitos Fundamentais, esse exercício também deve ser feito observando os Princípios que envolvem o conceito de equidade e justiça.

A exclusividade do Estado, a sua soberania e a necessidade da imposição de limites ao “*jus puniendi*” estatal é tratada de forma impecável por Beccaria (2002-2006, p. 78) na sua obra clássica, *Dos Delitos e das Penas*, quando ele diz:

Toda a lei que não tiver como inspiração os sentimentos indeléveis do coração do homem — vida, igualdade, liberdade, justiça...— encontrará sempre uma resistência a ceder. Então, só dentro do coração do homem é que podemos encontrar os princípios fundamentais do direito de punir. Os

homens, cansados de viver só, no meio de tantos temores, e de encontrar inimigos por toda a parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas as porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Porém, era preciso proteger este depósito das usurpações de cada particular, dada a índole do homem para o despotismo; os meios encontrados, hábeis à essa proteção, foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. Só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.

Na lição do mestre italiano, esse grupamento de todas as liberdades, menores liberdades das pessoas, é o principal fundamento de efetivar uma punição por parte do Estado. A tese desposada por Beccaria se faz presente nesta monografia, a qual defende que o exercício do poder soberano do Estado dentro de uma democracia encontra respaldo na legislação constitucional para efetivar até mesmo, em casos extremos, a derrubada de aviões usados para o tráfico de drogas.

Passamos a tratar aqui as várias formas onde o Estado exerce seu direito de punir. Esse direito é feito pela imposição de penas, que em linhas gerais, podem ser:

- a) pena restritiva de direito;
- b) privativa de liberdade;
- c) pena de multa e;
- d) pena de morte (é a que mais interessa para este trabalho).

A pena de morte foi um instituto de grande utilização na antiguidade. Isso pode ser notado na leitura de algumas passagens Bíblicas, como por exemplo, no *Gênesis*, 9-6, qual ela fala: “*Quem derramar o sangue do homem pelo homem o seu sangue será derramando; porque Deus fez o homem conforme sua imagem*”, ou no livro de *Êxodo*, 21:12, e 14, onde pode ser lido:

“Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Se alguém vier maliciosamente contra o próximo, matando-o a traição, tira-lo-á até mesmo do meu altar, para que morra.”

A pena de morte, em forma de castigo e punição, também é vislumbrada em vários documentos jurídicos, como o Código de Manu e a Lei das XII Tábuas.

Durante a Idade Média e Moderna, a chamada “pena capital” foi usada por vários Estados, como forma de punir os crimes de maior repercussão social.

No Brasil, a pena capital existiu durante a vigência da Constituição de 1824, mas, era aplicada de maneira cautelosa, obedecendo a vários requisitos, dentre os quais:

- a execução era proibida em véspera de domingo, feriado ou dia santo;
- a forca seria erguida exclusivamente para aquela execução, tendo que ser desmontada imediatamente após;
- para condenação à morte, era exigido a unanimidade de votos dos jurados e,
- a sentença que condenava o réu à pena de morte era recorrível *ex officio*, com vistas à graça que poderia ser concedida pelo Imperador, caso o próprio interessado deixasse de fazê-lo.

A partir de 24 de fevereiro de 1891, com o surgimento da primeira Constituição Republicana, a pena de morte foi abolida, disposição encontrada no artigo 72 da Lei Maior. Apesar de abolida, a art. 72, § 21 da Constituição Republicana trazia uma ressalva, onde “*fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra*”.

Basicamente, as Constituições Republicanas posteriores tiveram as mesmas diretrizes quando abordaram o tema pena de morte. Posteriormente, influenciados pelos tratados internacionais de Direitos Humanos, muitos Estados como o Brasil, aboliram a pena de morte em tempos de paz e também, as penas cruéis e degradantes.

A Constituição vigente, somente admite a pena capital em caso de guerra declarada, com ressalva para determinados crimes militares em época de duração do conflito armado. Conforme dicção do art. 5º, XLVII, “a”, onde se lê:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; [...]

Nossa Lei Maior em vigência foi mais longe e além de proibir a pena de morte como punição, salvo uma exceção, trouxe no art. 60, § 4º, inciso IV, artigo esse, tido como *clausula pétrea*, a proibição “*de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais*”.

Vale ressaltar que a pena de morte requer um julgamento com devido processo legal, ampla defesa e vários outros requisitos processuais durante a guerra.

Isso é importante porque o abate de aviões não constitui numa pena de morte nesse sentido, ou seja, trata-se de um instituto diferente ligado ao exercício do poder de polícia por meio dever previsível do Estado de se defender de toda a sorte de ataques e violações graves.

5 DO ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

O tema a ser tratado neste Capítulo tem suas origens históricas no Direito Romano que declarava a impunidade dos fatos praticados no cumprimento de um dever previsível. Não era punido aquele que praticasse um ato delituoso na defesa de bens jurídicos alheios ou de outro interesse maior.

A palavra “estrito” significa o mesmo que “estrito”, quer dizer limitado, ou seja, o que deve ser compreendido dentro de seu sentido literal (SILVA, 1987, p. 327). Também pode ser encontrado no Direito Canônico, que dispunha do princípio que não cometia crime àquele que cumprisse um dever determinado em lei.

Mas, somente em 7 de dezembro de 1940, com a promulgação do Decreto-lei 2.848 que dá a luz ao Código Penal Brasileiro, o instituto do estrito cumprimento de dever legal tido com excludente da criminalidade, é concebido em nosso arcabouço jurídico, no art. 19, inciso III daquele Código.

Com o advento da Lei 7.209 de 11 de julho de 1984 que modificou a parte geral do Código Penal Brasileiro referido instituto passa a pertencer ao artigo 23 do Código Penal, passando a se chamar “exclusão da ilicitude”.

O estrito cumprimento de dever legal é uma excludente de ilicitude, e encontrado no artigo 23 do Código penal em seu inciso III, com a seguinte leitura:

“Art.23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
III- em estrito cumprimento de dever legal(...)”

E, como o crime é formado por um fato típico, antijurídico/ilícito e culpável, a exclusão da ilicitude faz com que o ato não seja crime, por isso o Código Penal diz que “não há crime”.

Quando se trata de estrito cumprimento de um dever legal, está se referindo a lei em seu sentido lato. Tem-se que interpretar o termo “legal” como toda atividade normativa reguladora ou advinda do Poder Executivo ou Legislativo.

A palavra “dever” traz o sentido de obrigação, mas aqui, o dever tem de emanar dos meios jurídicos, ou seja, é necessário ser um dever jurídico.

Os deveres jurídicos podem ser divididos em dois blocos, os que se revestem de caráter público e os que se revestem de caráter privado. Aqui, nos ateremos aos de caráter público que são os atos executados para cumprimento de um dever em razão da função pública que exerce o agente.

Sendo assim, pode-se dizer que o funcionário público no cumprimento de um dever legal age por ordem da lei, a que deve estrita obediência.

Isto ocorre por força do Princípio da Legalidade ventilado na “Lei Maior” pelo artigo 37, *caput*. Segundo esse princípio, o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar nem desviar sob pena de praticar ato inválido e expor-se responder por sua ação, conforme o caso.

“Assim, o Princípio da Legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve obedecê-las e cumpri-las, ou seja, colocá-las em prática. Daí que, a atividade de todos os seus agentes, desde o ápice, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser de dóceis reverentes e obséquios cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro” (MELLO, 1993, p. 48).

Percebe-se, portanto, que um agente público no exercício de suas funções, por força do Princípio Constitucional da Legalidade, pode desde que obedecendo rigorosamente os limites de seu dever, ofender a um bem jurídico tutelado pela legislação brasileira para que a obrigação a ele determinada seja cumprida.

Um exemplo clássico na doutrina de estrito cumprimento de dever legal é o do policial militar que mata o assaltante durante um roubo ou tentativa de seqüestro. Na hipótese, o agente policial não comete crime de homicídio, pois ao presenciar um delito, a lei determina que o policial prenda autor do ilícito, conforme disposto no art. 292 do Código de Processo Penal.

Se este assaltante reagir, o policial deve e pode se defender. É necessário que o policial cumpra exatamente o que lhe foi imposto pela lei

Assim, bastaria a prisão em flagrante do indivíduo. Só haveria um tipo de abuso, se depois de detido pela autoridade policial, essa continuasse a utilizar da força ou ofende-lo fisicamente. Ou mesmo que, desnecessariamente chegasse atirando, sem tomar as cautelas necessárias e checar se seria possível apenas a detenção, sem disparo de arma de fogo. Mas, se houvesse uma reação armada do bandido, o policial poderia defender-se e até mesmo tirar a vida do assaltante ou seqüestrador.

Sendo os exemplos supracitados, reforçados pelas decisões dos Tribunais, dentre elas, cita-se uma:

ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL – Caracterização – Disparo efetuados por policiais civis – Situação de flagrância dos assaltantes – Dever de efetuar a prisão – Oposição de resistência – Absolvição sumária – Recurso não provido. (Recurso em Sentido Estrito n. 162.709-3 – São Vicente – Relator: Cyro Bonilha – 1ª Câmara Criminal – V.U. -15.5.95).

Portanto, o estrito cumprimento do dever legal surge como uma garantia ao policial de defesa no combate ao crime.

6 HISTÓRICO DA AVIAÇÃO

Aborda-se agora um breve histórico da história da aviação mundial, que tem a presença importante do brasileiro Alberto Santos Dumont. A finalidade é mostrar desde os primeiros passos do transporte aéreo até sua utilização para o tráfico de drogas.

O sonho de voar sempre foi um dos maiores da Humanidade. A sua realização é buscada desde os tempos remotos como ocorria nos povos do Antigo Egito e da antiga Grécia. Mas, foi com o brasileiro, Alberto Santos Dumont que o mundo viu uma aeronave mais pesada que o ar alçar vôo com suas próprias forças, embora os norte-americanos atribuam o pioneirismo aos irmãos Wright, considerados os “pais da aviação” por terem voado no dia 17 de Dezembro de 1903, três anos antes do brasileiro. Ressalte-se, que para a decolagem, contaram com o auxílio de uma catapulta, um tipo de rampa de lançamento, ou seja, o avião por eles construído não decolou por suas próprias forças.

O feito foi realizado no dia 13 de setembro de 1906 na cidade de Paris, onde Santos Dumont realizou um vôo público em seu famoso avião 14-Bis, que percorreu uma distância de 221 metros.

Após importante feito, considerado até hoje um ato histórico, as aeronaves foram se desenvolvendo e sendo usadas para muito mais finalidade do que o simples transporte de passageiros.

Elas são utilizadas também, por exemplo, pelas Forças Armadas do mundo todo, onde constituem a mais importante arma para vencer uma guerra, pois é com elas que se consegue de maneira mais fácil e letal a destruição de depósitos de munições, comida e outras posições fundamentais para a sobrevivência do adversário, podendo ser usada também, apenas para observar o inimigo.

Por esse motivo, ver sua invenção levando a morte e a destruição nas guerras que Santos Dumont suicidou-se no dia 23 de julho de 1932. Fica claro o seu descontentamento por uma frase que ele pronunciou a um garoto de 17 anos,

que conduzia a charrete que o levava ao Grande Hotel La Plage na cidade do Guarujá, onde ele disse: *“Eu inventei a desgraça do mundo”*.

O transporte em nível mundial começa após a Segunda Guerra Mundial, por modelos de aviões bem maiores e muito mais rápidos.

A aviação deu um grande salto com a entrada no comércio de aviões a reação, popularmente conhecidos como aviões à jato, ou seja, impulsionados por turbinas. Esse tipo de motor foi utilizado pela primeira vez em aviões comerciais no ano de 1952, em aeronaves batizadas de Comet, da BOAC, empresa inglesa⁵.

Na década de 60 a Boeing, empresa americana apresenta ao mercado os jatos 720 e 707. Dois anos após, a mesma empresa apresenta os também jatos Douglas DC-8 e o Convair 880⁶.

Após, o mundo conhece os aviões tracionados por motores turbo-hélices. Que nada mais são do que do que motores a jato que movimentam uma hélice. Apesar de não serem tão rápidos como os motores à reação, estes são mais silenciosos e econômicos. Mencionado mecanismo de tração foi inclusive utilizado pela EMBRAER (Empresa Brasileira de Aeronáutica) nos aviões fabricados pela empresa, conhecidos por Brasília, Bandeirantes e Xingu.

Pela insaciabilidade natural do homem, este passou a buscar e estudar a construção de aviões cada vez maiores e mais velozes e que comportassem uma grande gama de passageiros. Dessa busca, nasceram os aviões supersônicos, ou seja, aviões que conseguem ultrapassar a velocidade do som (aproximadamente 1200 km/h). Destaque para o Concorde, hoje fora de operação. Na categoria dimensões, não se pode deixar de falar do Boeing 747 popularmente conhecido como “jumbo” com capacidade para acomodar entre 340 a 450 passageiros. Atualmente o maior avião comercial em operação é o Airbus A380 com capacidade de 555 a 845 passageiros. Esta aeronave é fruto de um acordo entre a França, Alemanha e a Inglaterra.

⁵ Site do Portal Brasil. **A História da Aviação**. http://www.portalbrasil.net/aviacao_historia.htm

⁶ Site do Portal Brasil. **A História da Aviação**. http://www.portalbrasil.net/aviacao_historia.htm

No seguimento da aviação comercial chegaram ao mercado para engrossar a concorrência, a empresa brasileira EMBRAER, a canadense Bombardier e a holandesa Fokker.

Atualmente, no mercado, estão em alta os jatos executivos, aqueles utilizados por empresas ou por particulares para otimizarem seus negócios ao redor mundo. Sendo o Brasil um dos maiores mercados do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos.

Também, com o fim da Segunda Grande Guerra, a aviação mundial tomou níveis altíssimos, tornando-se as aeronaves, maiores e mais seguro meio de transporte do mundo. Mas, como tudo no mundo, existe uma pessoa construindo e dez tentando destruir, viram nas aeronaves também, um meio de encurtar as distâncias nas negociações e nos transportes de mercadorias ilícitas.

Atualmente, no Brasil, o que se vê é o uso de aeronaves para o transporte de drogas e outras mercadorias ilícitas sobre os olhos da Lei Pátria. Onde os traficantes trazem para o nosso Território, grande parte por meio de aviões, toneladas de entorpecentes saídos de vários países, principalmente da Colômbia, Bolívia e Paraguai.

Neste último, antes da regulamentação da lei eram registradas cerca de 300 invasões aéreas por mês. São aeronaves não identificadas ou com identificação fraudulenta, vindas de países vizinhos, possivelmente pertencentes ao crime organizado.⁷ Segundo especulações das autoridades brasileiras, as outras aeronaves que não estavam servindo os cartéis de droga, seriam utilizadas para o contrabando de pedras preciosas e outros ilícitos.

⁷ Representação contra FHC. Acessado do site: <http://www.sjdf.org.br/nr/nr54.htm>.

7 LEI DO ABATE DE AERONAVE

Foi na tentativa de coibir tal irregularidade que a Lei 9.614 de 5 de março de 1998, “Lei do Tiro de Destruição”, mas difundida nos meios de comunicações como “Lei do Abate”, acrescentou um parágrafo ao artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, modificando-o consideravelmente, sendo referido artigo posterior regulamentado pelo Decreto nº. 5.144 de 16 de Julho de 2004 e, sendo, por conta disso, motivo da crescente discussão.

Com o acréscimo do parágrafo 2º, e a re-numeração do 2º como 3º, o texto legal do artigo 303, da Lei nº 7.565 de 18.12.1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica, passou a ser o seguinte:

“ CAPÍTULO IV

DA DETENÇÃO, INTERDIÇÃO E APREENSÃO DE AERONAVE

Art.303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou de Polícia Federal, nos seguintes casos:

I- se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II- se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III- para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV- para verificação de sua carga no caso de restrição legal (art. 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do art. 21)⁸;

V- para averiguação de ilícito.

§ 1º. A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe foi indicado.

§ 2º. Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada (parágrafo acrescido pela Lei 9.614/98)

§ 3º. A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. (parágrafo renumerado e alterado pela Lei 9.614/98)”.

⁸ Parágrafo único. O porte de aparelhos fotográficos, cinematográficos, eletrônicos ou nucleares, a bordo de aeronave, poderá ser impedido quando a segurança da navegação aérea ou o interesse público assim o exigir.

Determinadas medidas foram tomadas pelo Governo Brasileiro a fim de coibir a entrada de aeronaves ilegais dentro do Espaço Aéreo Brasileiro, que *“alcança uma altitude que justifica um interesse público que possa reclamar a ação do poder político”* (ACQUAVIVA, 2000, p. 43).

Vale ressaltar que o espaço aéreo compreende o mar territorial, que alcança horizontalmente uma distância de 12 NM (Milhas Náuticas) contadas a partir da baixa-maré. Portanto, as medidas visam impedir o transporte de drogas sobre o Território Brasileiro. Essas medidas se tornaram necessárias principalmente após a modernização do Sistema de Defesa Aéreo e Controle do Tráfego Aéreo Brasileiro como o qual se pode constatar o crescente número de vôos irregulares.

O Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM) é um grande avanço nesse trabalho, comprovando que as principais rotas de entrada de drogas ilícitas em Território Brasileiro ocorreram por via aérea, em pequenas aeronaves, oriundas das regiões reconhecidamente produtoras dessas substâncias.

Sendo as principais, citadas anteriormente. Essa droga é utilizada para consumo interno e também segue para os países vizinhos, além de Europa e dos Estados Unidos, entre outros destinos.

A utilização do tiro de destruição seguirá rigorosamente os passos abaixo especificados.

Acionadas pelo Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro (COMDABRA) sobre a possibilidade de uma aeronave ter ingressado de maneira irregular em espaço aéreo nacional, aeronaves de interceptação da Força Aérea Brasileira sairão em busca da aeronave suspeita.

Esse tipo de tarefa é feita pelos caças leves EMB-314 Super Tucano, designados na Força Aérea como A-29. Esses aviões recebem dos R-99A/B, aeronaves usadas para rastrear vôo a altitudes onde os radares de solo não tem capacidade, toda a cobertura necessária, pois ele pode visualizar tanto os caças como o tráfego desconhecido. O R-99A/B é conhecido também como avião radar. Isso faz com que a chance de erro caia de maneira grandiosa.

É importante mencionar, antes de continuar discorrendo sobre o tema, que as aeronaves citadas são de fabricação nacional, feitas pela EMBRAER.

Três esquadrões são competentes para realizar tal tarefa. O 1º/3º GAV (primeiro esquadrão do terceiro grupo de aviação), Esquadrão Escorpião, baseado em Boa Vista (RR), o 2º/3º GAV (segundo esquadrão do terceiro grupo de aviação), Esquadrão Grifo, de Porto Velho (RO) e o 3º/3º GAV (terceiro esquadrão do terceiro grupo de aviação), Esquadrão Flecha, de Campo Grande (MS). Estes são responsáveis pela defesa e vigilância de nossa fronteira a fim de evitar a entrada de mercadorias ilícitas em território brasileiro.

Após serem guiados pelo avião radar, o piloto do caça seguira a risca todos os procedimentos, com o intuito de evitar, mais uma vez a possibilidade de erro. Para tanto ele tomará as medidas contidas no decreto que regulamentou a lei do Tiro de Destruição (Decreto 5.144 de 2004) e no IMA 100-12⁹, que são:

MEDIDAS DE AVERIGUAÇÃO:

É o primeiro nível da medida de interceptação. Nela a aeronave da Força Aérea Brasileira colhe informação sobre a identidade da aeronave. Esse nível possui os seguintes procedimentos:

a) O reconhecimento à Distância. Neste momento o piloto da aeronave de interceptação se mantém em uma posição onde a aeronave interceptada não possa vê-lo, normalmente acima e por trás da aeronave suspeita. Dessa posição ele fotografa o possível transgressor e colhe as informações externas da aeronave. Como o nível de vôo, por exemplo.

b) A confirmação da Matrícula¹⁰. Neste momento, as informações colhidas são enviadas para o Centro de Operações Militares (COPM) do CINDACTA

⁹ O IMA 100-12 é um conjunto de Regras do Ar e Serviço de Tráfego Aéreo, aprovado pela Portaria da Diretoria de Eletrônica e Proteção de Vôo, do Ministério da Aeronáutica, em 25.06.1999.

¹⁰ A matrícula, conhecida também no meio aeronáutico como prefixo, é uma forma de diferenciar uma aeronave de outra, funciona nas aeronaves como as placas funcionam nos carros. Por ela também, é possível a identificação da nacionalidade da aeronave.

(Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo) responsável pela região onde a aeronave foi interceptada. O 1º/3º GAV e o 2º/3º GAV contatará o COPM do CINDACTA IV, cuja jurisdição é a região amazônica, ele está sediado em Manaus. Já o 3º/3º GAV fará contato com o CINDACTA II, responsável pela região sul, Mato Grosso do Sul e parte de São Paulo, este com sede em Curitiba. Esses centros de controle transmitem ao piloto da Força Aérea Brasileira todas as informações da aeronave interceptada, como possíveis documentos vencidos, nome do seu proprietário, etc.

Estando a aeronave em situação regular, será realizado apenas o seu acompanhamento;

Constatada alguma irregularidade, a aeronave de interceptação sairá de sua posição e se colocará ao lado da aeronave interceptada, e realizará o próximo passo, que é:

a) A comunicação via frequência internacional de emergência, 121.5 ou 243 MHz, ou por sinais visuais de conhecimento obrigatório por todo aeronavegante. Essa comunicação visa o esclarecimento das possíveis irregularidades.

MEDIDAS DE INTERVENÇÃO:

Não sendo satisfatória as medidas anteriores, passa-se ao segundo nível. As medidas coercitivas. Esse nível é caracterizado pela execução de dois procedimentos, quais sejam:

a) A mudança de rota, determinada pela aeronave de interceptação. Essa determinação será feita tanto pelo rádio como por sinais visuais;

b) E o pouso obrigatório em aeródromo determinado pela aeronave de interceptação.

As medidas citadas abaixo foram acrescidas com a edição da Lei nº. 9.614/98, que são elas:

MEDIDAS DE PERSUASÃO:

Esta medida será tomada se o piloto da aeronave transgressora não atender a nenhuma das medidas anteriores. Para tanto, serão dados tiros de advertência lateralmente à aeronave interceptada, com munição traçante, mas sem atingi-la.

Desobedecidos os seis procedimentos mencionados, a aeronave interceptada passará a ser considerada hostil, e ficará sujeita à medida de destruição.

MEDIDA DE DESTRUIÇÃO:

A medida de destruição consiste no posicionamento do avião de caça atrás da aeronave suspeita e a realização de disparos com munição real para destruí-la.

O procedimento anteriormente narrado deverá atender, obrigatoriamente, as rígidas exigências contidas no Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. São elas:

a) tanto aeronaves de interceptação quanto os radares envolvidos no policiamento do espaço aéreo terão que estar obrigatoriamente sob o controle operacional das autoridades de Defesa Aérea Brasileira pertencentes ao Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro (COMDABRA);

b) todos os procedimentos serão registrados em gravações, tanto sonoras como visuais;

c) o procedimento irá ocorrer sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de drogas.

Também, no Decreto já mencionado anteriormente, o Presidente da República, delega ao Comandante da Aeronáutica, no artigo 10, a competência para autorizar a utilização da medida de destruição, elevando assim, o grau de segurança e confiabilidade.

Após a entrada em vigor e a regulamentação da Lei nº 9.614/98, que autoriza o Tiro de Destruição, segundo fontes do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro (COMDABRA) e do Centro de Comunicação Social da Aeronáutica (CECOMSAER), “a média diária de aeronaves voando irregularmente no espaço aéreo brasileiro caiu 32,3% nos primeiros 30 dias da aplicação da Lei, se comparado com a média do acumulado no ano até a véspera de a medida entrar em vigor, dia 16 de outubro 2004”.

Conforme as mesmas fontes citadas no parágrafo anterior, “nesse primeiro mês, os radares de Defesa Aérea detectaram 8,3 vôos diários desconhecidos, ou seja, sem plano de vôo contra 12,3 nos outros meses de 2004”.

É importante mencionar que não será todo tráfego desconhecido, considerado ilícito, e interceptado pela Força Aérea Brasileira.

Nas interceptações realizadas nesse período, todos os pilotos de aviões suspeitos acataram as determinações dos caças da Força Aérea Brasileira, não sendo necessário utilizar nem mesmo o tiro de aviso.

No referido período, sequer houve a necessidade de se impor o pouso obrigatório para fiscalização, dentro do conjunto de medidas previstas, o que sinaliza a retração no transporte aéreo de entorpecentes pelo Brasil.¹¹

7.1 Aspectos jurídicos

Após a edição da lei que autoriza o tiro de destruição de aeronaves, dentro do espaço aéreo nacional, consideradas hostis, brotou uma discussão doutrinária sobre a constitucionalidade do referido ordenamento legal.

Houve doutrinadores que indagaram sobre a possível criação da pena de morte, com a agravante de ser feita de maneira administrativa e em tempo de paz. Foi dito também, que tal medida feriria os Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório.

Pensamentos estes, equivocados. Pois para que todos estes argumentos fossem relevantes seria necessário um processo judicial, uma vez que só se aplica pena em decorrência de uma sentença e os Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório necessitam necessariamente de uma atuação jurisdicional do Estado.

Como já mencionado, há muita rapidez e grandiosidade no comércio de drogas ilícitas no Brasil, com números assustadores de dinheiro envolvido.

A maneira preferida pelo tráfico é a utilização das aeronaves para conseguir seus objetivos. Com isso, há por parte do Estado a necessidade de coibir este tipo de “comércio”. Sendo de interesse geral e não só desta ou daquela pessoa, o fim deste tipo desse mercado, que custa uma fortuna aos cofres públicos, além de gerar problemas graves, pois os dependentes cometem outros delitos para sustentar o vício.

A vontade e o interesse são tanto, que o mundo se une para lutar contra o crescimento do tráfico de drogas. Exemplo disso são as bases montadas

¹¹ Dado fornecido pelo site oficial da Força Aérea Brasileira (www.fab.mil.br)

pelos norte-americanos nos países onde a produção de entorpecentes é grande, como no Paraguai, Bolívia e Colômbia.

No Paraguai, por exemplo, as agências especializadas dos Estados Unidos auxiliam as autoridades locais e ensinam técnicas para facilitar na detecção de traficantes, plantações e laboratórios onde são fabricadas e refinadas as drogas, assim como também, na destruição destes locais e destes materiais.

Todos os motivos elencados dão à Lei do Abate, uma maior importância, pois os prejuízos e os interesses são grandes.

No caso da Colômbia, por exemplo, o tráfico de drogas sustenta a mais antiga guerrilha de esquerda da América Latina, as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, que ainda ganham dinheiro com seqüestro e extorsão.

Confirmando o que foi afirmado anteriormente, o tráfico de drogas é uma doença mundial.

Toda a população acaba prejudicada, seja pelos seus males diretos como pelo gerados indiretamente, que ocorre, por exemplo, quando para sustentar o vício, alguém comete um latrocínio, mata com intuito de conseguir dinheiro ou bens para comprar drogas. Ofendendo, como dito, a saúde de todo país e por consequência, a segurança nacional.

Por isso há a necessidade de analisarmos não só de uma maneira positivista, com “olhos legais”, mas também, observando para que seja buscado o bem a sociedade. O tráfico de drogas também terá que ser entendido no seu aspecto social, ou seja, com “olhos sociais”.

Assim, se vislumbrarmos os aspectos constitucionais da referida lei, mesmo tendo o Brasil inserido na “Lei Maior”, os Princípios da Defesa da Paz e da Solução Pacífica dos Conflitos, trouxe também, o Princípio do Repúdio ao Terrorismo, ao tráfico de entorpecentes e outros males sociais.

Além do mais, a Constituição deu à União, em seu artigo 21, III e XXII, a competência de assegurar à Defesa Nacional e também os serviços de Polícia Aeroportuária, Marítima e de Fronteiras. Destinou novamente a união, a

incumbência privativa de legislar sobre Direito Aeronáutico e a navegação aérea¹², sobre a defesa territorial, defesa aeroespacial e mobilização nacional.

Além de reconhecida constitucionalmente, a soberania de nosso Estado é reconhecida internacionalmente, uma vez que o Brasil é signatário da Convenção de Aviação Civil Internacional. Convenção essa, promulgada pelo decreto nº 21.713 de 27 de agosto de 1946, a qual em seu parágrafo primeiro diz que os Estados contratantes reconhecem ter cada Estado a soberania exclusiva e absoluta sobre o seu espaço aéreo sobre seu território.

Por fim, concedeu as Forças Armadas, constituídas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica o dever de proteção da Pátria¹³.

É importante lembrar que a ordem para destruição de uma aeronave civil que não obedece aos procedimentos anteriormente citados é medida extrema, grave e de grande repercussão. Sendo sua utilização, por meio das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem e na proteção da Pátria, o meio de defesa dos valores de nosso país postos em risco, seja por países estrangeiros ou por ações do crime organizado, que tem como pilar central o tráfico de mercadorias entorpecentes.

Não se pode falar também que a lei que autorizou a abate de aeronaves esteja afrontando aos direitos fundamentais. Pois como já se sabe e é defendido pela doutrina dos direitos fundamentais, nenhum deles possui um caráter absoluto, podendo por meio do princípio da proporcionalidade buscar defender outros interesses do Estado de mesma importância.

Todos os direitos, mesmo o direito à vida, portanto, podem sofrer algumas mitigações diante de uma situação concreta. É o que ficou conhecido na doutrina como Princípio da Relatividade ou Convivência das Liberdades Públicas. Alguns autores ainda falam em princípio da proporcionalidade.

E assim ensina Alexandre de Moraes (2000, p. 46):

“Os direitos e as garantias constitucionais consagradas pela Constituição Federal, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna”.

¹² Art. 22, I, X, XXVIII da Constituição Federal.

¹³ Art. 142, da Constituição Federal.

Prova da cessão de um direito num confronto com outro é a própria previsão do artigo 5º, XLVII, “a”, da Constituição Federal, quando afronta o direito à vida, trazendo no seu texto, a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada. Também, pode ser encontrado no Código Penal, no artigo 128 do referido ordenamento, quando:

“não há outro meio de salvar a vida da gestante ou; quando a gravidez é resultado de um estupro e o aborto é feito com o consentimento da gestante ou, no caso de ser ela, incapaz, de seu representante legal”.

Outra constatação da efetivação desse princípio e característica são os casos das prisões cautelares na seara criminal e das prisões do depositário infiel e pelo inadimplemento voluntário da pensão alimentícia, na seara civil.

As prisões são feitas em aparente confronto com o direito a liberdade ou mesmo em suposto desrespeito às regras do *due process of law*.

Sendo assim, a Lei do Abate de Aeronaves frente aos direitos fundamentais da Constituição não é uma mera antinomia de normas ou princípios, mas um choque entre Direitos Fundamentais, o direito à vida e à liberdade de um lado e à segurança pública e à soberania nacional de outro.

Esse choque, sendo de conteúdo principiológico, exige-se uma coerência prática entre as matérias de direitos confrontadas, o que resultará na aplicação de só uma delas, de acordo com o caso concreto. Pode ocorrer ainda a cessão recíproca, mas não neste caso.

É de grande importância mencionar que a legislação do abate de aeronaves parte do princípio da violência mínima, ou seja, antes da tomada de atitudes drásticas, no caso, o abate da aeronave, são realizadas todas as medidas possíveis para preservar a vida e para que seja cumprida a lei.

Não poderia ser diferente, pois esta é a imposição feita pelo próprio decreto que regulamenta o tiro de destruição, quando o art. 5º diz:

“A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o

prosseguimento de vôo da aeronave hostil e **somente poderá ser utilizado como ultimo recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas** (grifo nosso) inocentes, no ar ou em terra.”

A busca pela proteção da vida é notadamente verificada nas palavras do comandante do Esquadrão Flecha, Tenente-Coronel Eduardo Torres da Silva, em reportagem dada a Revista Força Aérea, na qual ele diz:

Finalmente, se nada for suficiente para convencer o piloto do avião intruso a pousar para averiguações, a Força Aérea esta autorizada por lei a destruí-lo. E ainda assim, a tentativa inicial é a de atingir áreas não-letais na aeronave que esta tentando fugir. (KLABIN, 2008, p.47).

Diante deste procedimento acautelatório é possível notar o caráter protecionista da Segurança Pública e do Território Nacional, mas que estabelece em caráter mandamental que se trata de um recurso extremo, extraordinário.

Vale lembrar que a nossa “Carta Magna” repudia o tráfico de drogas, quando ela diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem [...]

Deste modo, resolve-se o problema jurídico de supressão de garantias fundamentais no uso do tiro de destruição. E, se mostra que diante deste caso a opção feita numa colisão de direitos foi pela Segurança Pública e do Território Nacional, para salvaguardar as famílias e a soberania, sempre lembrando que tal procedimento e realizado depois de esgotados todos os meios para se evitar a perda de vidas, ou seja, o abate da aeronave será *ultima ratio*, utilizando-se sempre o Princípio da Violência Mínima.

Vencida tal etapa, pode o leitor pensar: a lei do tiro de destruição não é inconstitucional, mas e o piloto da Força Aérea Brasileira que a executar, poderá recair sobre ele algum tipo de crime? A resposta para esta pergunta é não. Ele não responderá pelo crime, pois o seu ato, de derrubar uma aeronave, estará protegido por uma excludente de ilicitude, o estrito cumprimento de um dever legal.

Uma vez que, como dito anteriormente, o servidor público esta em estrita relação com o Princípio da Legalidade, sendo assim, só lhe cabe obedecer à lei, sob pena de ser responsabilizado. Por isso, não poderá, o piloto da Força Aérea Brasileira ser autor de crime, uma vez que essa prática decorre de ordem legal.

Há também que se dizer que o piloto da aeronave de interceptação, tem determinação legal obedecer às ordens de seu superior, mandamento este, contido no Código Penal Militar, em seu artigo 301, que traz a seguinte redação:

“Art. 301 – Desobedecer a ordem legal de autoridade hierárquica:
Pena – detenção até seis meses”.

Nessa linha de pensamento, diz Damásio E. de Jesus:

[...] em certos casos a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Então, se a ordem é ilegal é ilegal também o fato praticado pelo subordinado. Mas como não lhe cabe discutir sobre sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer a ordem). (ASSIS, 2003, p. 104/105)

Motivos, portanto, para reforçar que a ação do piloto militar em realizar a destruição da aeronave interceptada tem por parâmetro o estrito cumprimento a um dever legal, ou seja, o dever determinado por lei de obedecer às ordens emanadas de seu Superior.

Finalmente, é bom lembrar, que se trata do estrito cumprimento de um dever legal, um agente público, no exercício de suas funções, por força do Princípio Constitucional da Legalidade, pode, desde que obedecendo rigorosamente os limites de seu dever, ofender a um bem jurídico tutelado pela legislação brasileira para que a obrigação a ele determinada seja cumprida.

8 CONCLUSÃO

É possível, depois de uma análise do conjunto desta apreciação acadêmica, afirmar com toda segurança que a lei que regulamenta o abate de aeronaves em espaço aéreo brasileiro tem toda a proteção constitucional necessária para sua plena e válida aplicabilidade, não sendo, portanto, inconstitucional, como é defendido por algumas correntes doutrinárias. Também, não é ilegal, o que para a doutrina significa que não fere a legislação infraconstitucional. Portanto, além de efetividade, possui eficácia jurídica.

Por estar no cume da pirâmide da hierarquia normativa de Hans Kelsen, a Constituição é o fundamento de validade de todas as outras espécies normativas, da “Lei do Abate”, inclusive. Como está de acordo com a Constituição, possui a legislação analisada a validade jurídica e espalha seus efeitos. Caso contrário, seria declarada inconstitucional e expulsa do sistema.

No entender desta apreciação, deve-se aceitar que a Lei do Abate, se aplicada corretamente, protegerá não apenas a sociedade brasileira, mas também, toda sociedade internacional do perigo do tráfico ilegal de drogas. Apesar das críticas dos Estados Unidos da América do Norte e de outros grupos de direitos humanos, acredita-se no acerto da legislação, que coíbe uma prática delituosa.

Os dados publicados pela Imprensa demonstram que houve um aumento no consumo de drogas nos Estados Unidos e no Brasil. No vizinho do Norte, quase 16 milhões de pessoas maiores de 12 anos, ou 7% da população, consumiram pelo menos um tipo de droga ilegal no ano.

No Brasil, os dados também são alarmantes sobre o consumo progressivo de drogas, principalmente na população mais jovem. Havia a necessidade de uma legislação que pudesse enfrentar o problema na sua origem. A legislação obedece rigorosamente à Constituição e ao Código Penal.

Verifica-se nela, o seu caráter protecionista para com a sociedade brasileira, buscando diminuir o sofrimento que algumas famílias possam ter, quando o problema do vício da droga for trazido para dentro de seus lares, sempre com

conseqüências ruins. E, atacando um câncer social, uma doença de reflexos sociais, o Estado cumpre seu papel e combate o crime de maneira eficaz, buscando impedir a entrada da droga.

Vale ressaltar que em muitos dos casos, os executores de um crime estão sobre influência de substâncias entorpecentes ou buscando dinheiro para sustentar o vício. O combate ao tráfico reflete nos outros crimes.

Pode-se notar também, que o piloto executor do tiro de destruição encontra-se resguardado pelo ordenamento constitucional quando se refere ao Princípio Constitucional da Legalidade, que o obriga como agente público, a cumprir o que está determinado na legislação. No entanto, obedecendo rigorosamente os tramites legais, ou seja, o princípio da legalidade e os demais princípios da “Lei Maior”, ele se depara com uma prática criminosa, semelhante a situação de um preso que busca fugir de uma penitenciária.

Desde que isso ocorra pode o piloto ofender a um bem jurídico tutelado pela legislação brasileira, ou seja, derrubar o avião para que a obrigação a ele determinada tenha sucesso. No âmbito infraconstitucional penal, como dito anteriormente, não poderá ser autor de crime, uma vez que sua conduta está apoiada por uma excludente de ilicitude, que é o estrito cumprimento de um dever legal. Fica patente no caso, a legalidade do ato.

É necessário e coerente ressaltar, que por força do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”*. Portanto, qualquer abuso ou excesso cometido pelos agentes envolvidos em um caso de abate de aeronave, será devidamente apurado e punido.

No caso em tela, será aberto um Inquérito Policial Militar - IPM, por requisição do Ministério Público Militar ou pela autoridade aeronáutica competente. O inquérito cuidará de apurar os fatos e, caberá ao Ministério Público Militar, fazer seu juízo de convencimento sobre o oferecimento ou não da denúncia. Portanto, pode pedir o arquivamento.

Se ela for oferecida, será durante a fase instrução que se analisará um possível excesso quanto uma excludente de ilicitude ou outra irregularidade. Sempre obedecendo aos também direitos constitucionais e os princípios do Devido

Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, arts. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 2ª. ed. ver. e aum. São Paulo: Saraiva 2000.

ANGHER, Anne Joyce. **Vadem Mecum Acadêmico de Direito**. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**, vol. 1. 4ª. ed., Curitiba: Juruá, Curitiba, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002-2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra, 1991.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. V. 1, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Da exclusão da ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular do direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

KLABIN, Roberto. **Fechando a Porteira!**. In: Revista Força Aérea n° 50, de março de 2008, p. 47.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 12.a. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Fernando. **Inconstitucionalidade da Lei do Abate**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/inconstitucionalidadedaideioabatefernandolima.htm>>. Acesso em 25 de ago. de 2007.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **A Pena Capital e o Direito à Vida**. 1ª.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira, - **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 2ª. ed. ver. e ampl. São Paulo, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª. ed. – São Paulo: Atlas 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Ivan Martins. **Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular do Direito - Dupla Natureza Jurídica e Repercussões Processuais Penais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1ª, 2000.

NATSUME, Kelly Cristina – Do Direito à Vida. 2000. 51 f. Monografia (Pós-Graduação) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. 1ª. São Paulo: FTD, 1998.

PRADO, Luís Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1: Parte Geral: arts 1º a 120**. – 3ª ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de Morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODRIGUES FILHO, José Moaceney Félix. **A legislação do abate de aeronaves. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas.** In: *Jus Navigandi*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5735>>. Acesso em 27 de ago. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19^a. ed, reformada e atualizada nos termos da reforma const. n. 31.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 5^a.ed, São Paulo Saraiva, 2007.

Instituto de Controle do Espaço Aéreo. **IMA 100-12.** Disponível em <http://icea.gov.br/ead/ima100-12intraer/ICA_100_12_abr%2007.pdf>. Acesso em 02 de set. de 2007.

Presidência da República Federativa do Brasil. **Código Penal Militar.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>>. Acesso em 26 de set. de 2008.

G1, Portal de Notícias da Globo. **Traficante Colombiano fez Negócios no Brasil Durante três Anos.** In: G1. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL86894-5605,00.html>>. Acesso em 10 de dez. de 2007.

Jornal O Globo. **Abadia arrecadava U\$\$ 70 milhões por mês com cartel de drogas.** In Site do Jornal O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/10/07/298052493.asp>>. Acesso em 12 de dez. de 2007.

ANEXO A - Aumenta o Consumo de Drogas nos Estados Unidos.

Washington - Quase 16 milhões de pessoas maiores de 12 anos, ou 7% da população, consumiram pelo menos um tipo de droga ilegal no ano passado nos Estados Unidos, segundo um estudo nacional realizado pela secretaria da Saúde. Com relação ao consumo de drogas por grupos étnicos, o estudo mostra que a taxa entre os negros foi de 7,4%, entre os brancos, 7,2%, e entre os hispânicos, 6,4%, praticamente a mesma que a do ano anterior. O número de pessoas que consumiram maconha pela primeira vez nos EUA se manteve praticamente no mesmo nível no ano passado com relação a 2000, mas a quantidade daqueles que acreditam que fumar um baseado uma ou duas vezes por semana é uma prática perigosa caiu para 53%. "Se a percepção de risco diminui, aumenta a possibilidade de consumo", disse o secretário da Saúde dos EUA, Tommy Thompson, ao apresentar, hoje, o informe em Washington. O estudo ouviu aproximadamente 70.000 jovens em todo o país. De acordo com o informe, a cocaína, devido a seu alto preço, é o terceiro tipo de droga ilegal mais usada nos EUA, depois da maconha e dos produtos psicotrópicos. No ano passado, 0,7% dos americanos acima de 12 anos consumiu cocaína, contra 0,5% um ano antes. No geral, de acordo com o estudo, 10,8% das pessoas entre 12 e 17 anos consomem algum tipo de droga, um aumento em relação aos 9,7% obtidos em 2000. O uso de drogas entre os adultos de 18 a 25 anos aumentou a 18,8%, de 15,9% em 2000. Pela primeira vez, foi incluída na pesquisa, que é realizada anualmente, uma pergunta sobre problemas mentais da população. Dos adultos acima de 18 anos, 7,3%, ou 14,8 milhões de pessoas, têm graves problemas mentais. Associated Press (http://aed.one2one.com.br/novosite/atualizacoes/cl_105b.htm - Site Álcool e Drogas Sem Distorção)

ANEXO B - Aumenta o Consumo de Drogas no Brasil. Não me Digam...

Um relatório divulgado nesta terça-feira pela Agência da ONU para Drogas e Crime (UNODC) traz más notícias para o Brasil: ao contrário das tendências de estabilização mundial, o consumo de cocaína e maconha aumentaram em 2006 no país. No Brasil, o uso de cocaína aumentou de 0,4% em 2001 para 0,7% da população entre 15 e 64 anos em 2005 --correspondente a 860 mil pessoas--, segundo o documento da ONU.

Na América do Sul, sete países registraram aumento no uso de maconha em 2005, e só um registrou queda no consumo. Em outros nove, a situação foi descrita como "estável". O aumento mais importante foi no Brasil, onde o consumo cresceu de 1% em 2001 para 2,6% da população entre 15 e 64 anos em 2005. O relatório aponta também para o crescimento do tráfico de cocaína na região Sudeste, além do aumento da exploração do Brasil por grupos do crime organizado internacional.

Em todo o mundo, de acordo com o UNODC, cerca de 200 milhões de pessoas --ou 4,8% da população mundial entre 15 e 64 anos-- usam drogas ilícitas. A cocaína é usada por 14,3 milhões de pessoas, o que corresponde a 0,3% da população nessa faixa etária.

Segundo o texto, cerca de 200 milhões de pessoas usam drogas ilícitas em todo o mundo, mais da metade destas as consome ao menos uma vez por mês. Aproximadamente 25 milhões de pessoas são dependentes químicos. "Houve aumento no uso de cocaína na Europa, América do Sul, África e Ásia, e diminuição na América do Norte. Na América do Sul, o número aumentou de menos de 2 milhões para 2,25 milhões", segundo o texto.

A ONU afirma que o crescimento do uso da droga no Brasil foi o principal fator para a elevação da taxa de consumo na América do Sul.(...)

(<http://veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2007/06/aumenta-o-consumo-de-drogas-no-brasil.html>) - Site da Veja On-line)